Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

müßte. Im Fall des Ankaufs der Forderung leidet es auch keinen Zweifel, daß die Größe der Kaufſumme als ein weſentlicher Beſtandtheil des Contracts anzugeben und darzuthun iſt; vielmehr müſſen, da ein Kauf erſt ein Klagrecht giebt, wenn der Käufer bezahlt oder Credit erhalten hat, auch dieſe Umſtände vom Kläger bewieſen werden [45]). Nur darf man davon keinen Schluß auf den Fall machen, wo die Ceſſion wirklich geſchehen iſt, weil dieſe dann den Ceſſionsgrund in den Hintergrund ſtellt, und allein ſchon den Ceſſionar rechtlich befähigt, den Schuldner mit Erfolg zu belangen.

IX.

Ueber Provocationen zur Erhebung einer dinglichen Klage.

Von Francke.

Es iſt ausgemacht, daß das Römiſche Recht, welches den Provocationsproceß überhaupt nicht kennt, uns in dieſer Lehre keine Auskunft gewährt. Aber auch die Reichsgeſetze ſprechen wenigſtens nicht ausdrücklich von einer Provocation zur Erhebung einer Vindicationsklage. Es ließe ſich ſelbſt bezweifeln, ob es überhaupt nach dem Sinn der Reichsgeſetze eine ſolche Provocation gibt. Denn dieſe erlauben uns nur, „in friedbrüchigen, Schmach- und andern dergleichen Sachen" denjenigen, der uns diffamirt hat, d. h. welcher

45) Es iſt hierbei vielleicht nicht überflüſſig zu bemerken, daß der Ankauf einer Forderung an ſich noch nicht als die Ceſſion derſelben gilt, ſondern nur ein Recht darauf giebt, vermöge deſſen man jedoch auch actione utili gegen den Schuldner klagen kann. l. 2 C. de Obl. et Act. (4, 10.) l 7. l 8 l. 9 C de her. vel act. vend (4, 39.)

behauptet hat, daß wir gegen ihn einen Friedensbruch oder ein anderes Delict begangen hätten, zur Erhebung seiner aus diesem uns vorgeworfenen Delict ihm angeblich erwachsenen Klage zu provociren [1]). Sämmtliche Vorschriften der Reichsgesetze sprechen also nur von einer Provocation zur Erhebung einer Delictsklage. Und Diffamant heißt im Sinne dieser Gesetze derjenige, welcher uns vorgeworfen hat, daß wir gegen ihn einen Friedensbruch, eine Schmachhandlung oder ein anderes Delict begangen hätten. Der Zweck dieser Vorschriften möchte hiernach kein anderer seyn, als ein Rechtsmittel zu gestatten, durch welches der Diffamat zugleich den ihm gemachten Vorwurf ablehnen, und zugleich das dadurch streitig gemachte Rechtsverhältniß zur rechtlichen Erörterung sofort bringen kann, während sonst — in den Zeiten dieser Reichsgesetze — bei dem Aufschub dieser rechtlichen Erörterung über angeschuldigte Delicte Streit und Händel leicht zu befürchten seyn mochten.

Allein es ist eben so ausgemacht, daß die Deutsche Praxis, in der älteren wie der neuesten Zeit, bei diesem engen Umfang der Provocationen nicht stehen geblieben ist. Man hat vielmehr diese Provocationen allgemein zugelassen gegen Jeden, der sich eines rechtlichen Anspruchs gegen uns berühmte, auch wenn darin kein Vorwurf eines begangenen

---

1) R. Absch. v. 1532 Art. 3 §. 2, Kam. Ger. Ord. v. 1555 Th. II. lit. 25. — Es läßt sich deßhalb aus den Reichsgesetzen auch keine Aufforderung zum bloßen Beweise einer Injurie, oder gar einer jeden uns unangenehm berührenden Nachrede rechtfertigen. Die Reichsgesetze, auch wo sie von Schmachsachen reden, lassen nur eine Provocation zur Klage zu. Sie erlauben uns nämlich, denjenigen, welcher behauptete, daß wir eine Schmachhandlung gegen ihn begangen hätten, zur Anstellung seiner Injurienklage zu provociren, gleichwie wir den, welcher uns einen Friedensbruch vorwarf, zur Anstellung seiner dadurch angeblich begründeten Klage auffordern können. Mittermaier der gem. Deutsche Proceß, Beitr. IV S. 168 ff. Bayer Theorie der summar. Processe. §. 54.

Delicts enthalten war. Man brachte jede Berühmung eines rechtlichen Anspruchs unter den Begriff der Diffamation. Die rechtliche Basis dieser Provocationen liegt hiernach darin, daß es schon im Allgemeinen uns nicht gleichgültig seyn kann, wenn Dritte vielleicht bedeutender Ansprüche gegen unser Vermögen sich berühmen, und daß oft ein ganz besonderes Interesse vorhanden ist, dergleichen Ansprüche sofort durch gerichtliche Erörterung derselben abzuweisen, während man sonst es abwarten müßte, wann und ob überhaupt es dem Gegner gefallen möchte, mit den behaupteten Ansprüchen hervorzutreten. Dieses Princip ist auch in mehrere ältere und neuere Landesgesetze übergegangen. Nur fehlt es überall an bestimmten Vorschriften, wonach die Zulässigkeit der Provocationen in einzelnen Fällen, und selbst das Verfahren in den Rechtsstreiten zu beurtheilen ist, und wir haben hier oft keine andere Norm der Beurtheilung, als den Begriff und Zweck der Provocationen selbst, in Verbindung mit allgemeinen Rechtsprincipien, wo diese eingreifen. Denn auch die Reichsgesetze enthalten kaum andere Vorschriften, außer daß jeder Mißbrauch der Provocationen ausgeschlossen seyn soll, und daß deßhalb der Richter nicht anders auf eine Provocation ausfertigen soll, als wenn er durch eine Bescheinigung der geschehenen Diffamation in den Stand gesetzt ist, die Zulässigkeit der Provocation beurtheilen zu können [2]).

Hiernach herrscht über die Zulässigkeit der Provocation zur Erhebung dinglicher Klagen im Allgemeinen kein Zweifel. Grade bei dinglichen Ansprüchen tritt der Grund der Provocation oft am gewichtigsten ein. Wenn z. B. A sein Grundstück veräußern oder verpfänden will, während B sich öffentlich eines Pfandrechts oder Nießbrauchs an diesem Grundstücke berühmt, so kann dadurch die Veräußerung sehr erschwert, vielleicht ganz verhindert werden. Deßhalb ist es für den A hier sehr wichtig, daß er den B. auffordern

2) Kam. Ger. Ord. von 1555. Th. II. Tit. 25. J. R. Absch. §. 83.

kann, seine Klage in bestimmter Frist zu erheben, unter dem Präjudiz, daß ihm sonst sein Klagrecht abgesprochen werde. — Allein es ist anderer Seits nicht zu leugnen, daß mit solchen Provocationen nicht selten ein großer Mißbrauch getrieben wird. Es ist namentlich eine alte Klage, daß sie häufig nur zu dem Zwecke erhoben werden, um dem Gegner die ihm gebührenden Vortheile des Besitzes zu entziehen. Es scheint aber auch, daß man einzelne hierbei wichtige rechtliche Momente, durch welche solcher Mißbrauch sofort abgeschnitten wird, in der Doctrin nicht scharf genug hervorgehoben hat. Vielleicht ist es möglich, durch nähere Feststellung dieser Momente festere Rechtsnormen zu gewinnen, und dieses soll wenigstens in einer Beziehung hier versucht werden.

Was zuvörderst die Provocation zur Anstellung einer rei vindicatio betrifft, so hat man stets angenommen, daß gegen den Besitzer der Sache eine solche Provocation unzulässig sey. Denn, sagt man, ihm würden dadurch die Vortheile und Rechte des Besitzes widerrechtlich entzogen werden. Die Richtigkeit dieses Satzes ist außer allem Zweifel. Es spricht nämlich dafür ganz entscheidend der Umstand, daß der Besitzer der Sache diese Eigenthumsklage gar nicht erheben kann. Deßhalb kann er auch dazu nicht provocirt werden, er würde sonst zu einer rechtlichen Unmöglichkeit verurtheilt werden. Wir dürfen aber bei diesem Satz nicht stehen bleiben, sondern wir müssen weiter gehen, als dieses gewöhnlich geschieht. Betrachten wir nämlich den Begriff der Provocation und die Erfordernisse der Eigenthumsklage, so ist es

1) ausgemacht, nur derjenige kann zur Erhebung einer Klage provociren, welcher mit dieser Klage rechtlich belangt werden kann [3]). Und

---

3) Mit Recht stellt Martin (Lehrbuch des Processes §. 255) den Grundsatz: „nur der künftige rechte Beklagte kann provociren", an die Spitze dieser Lehre.

2) mit der rei vindicatio kann nur der Besitzer der Sache belangt werden.

Hieraus ergibt sich aber mit logischer Nothwendigkeit, daß nur der Besitzer der Sache zu dieser Provocation berechtigt ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung, daß er Besitzer ist, ist die rei vindicatio, deren Erhebung er verlangt, rechtlich gegen ihn möglich. Es gehört also der Besitz der Sache zum rechtlichen Fundament dieser Provocationsklage. Deßhalb muß der Provocant in seiner Provocation diesen Besitzstand behaupten; sonst ist er sofort in angebrachter Maaßen zurückzuweisen. Ein Richter, welcher dieses nicht für nothwendig hält, geräth leicht in den Fall, ein rechtlich unausführbares Urtheil zu sprechen. Denn wenn in der Provocationsklage nur angeführt ist, der Provocant sey Eigenthümer des Hauses oder Ackers, es habe aber der Provocat sich des Eigenthums dieser Sache — wie aus der Anlage zu ersehen sey — berühmet, so wird der Richter den Provocaten, wenn dieser die Berühmung nicht hinwegzuräumen vermag, zur Anstellung der Vindicationsklage für schuldig erkennen. Und doch kann hierdurch sehr leicht eine rechtlich unmögliche Verurtheilung ausgesprochen seyn, im Fall nämlich der Provocat selbst Besitzer der Sache ist, oder sobald nur überhaupt der Provocant nicht den Besitz hat. Denn auch dieses Letztere ist ja möglich, daß ein Dritter im Besitze der Sache sich befindet, und auch in diesem Falle ist die Erhebung der Vindication gegen den Provocanten eine rechtlich unmögliche Sache. Deßhalb kann man auch nicht sagen, daß jener Uebelstand vom Provocaten dadurch vermieden werden könne, daß er exeipiendo vorschützt und ausführt, daß er selbst im Besitz der Sache sich befindet. Denn dieses würde den zuletzt gedachten Fall, da ein Dritter den Besitz hat, gar nicht treffen. Oder sollte er etwa auch in diesem Falle seiner Seits diesen Umstand, daß ein Dritter im Besitze ist, darzuthun verbunden seyn? Er ist aber überhaupt zu solcher Widerlegung nicht verpflichtet, sondern es

ist Sache des Provocanten, selbst alle die Umstände anzuführen und zu beweisen, welche dem Richter vor Augen liegen müssen, bevor dieser die Verbindlichkeit des Provocaten zur Erhebung der Vindication aussprechen kann. Dazu ist aber wesentlich erforderlich, daß derjenige, welcher belangt zu werden verlangt, im Besitze der Sache sich befinde: deßhalb muß der Provocant auch diesen Besitz behaupten und darthun.

Es führt aber die gegentheilige Ansicht auch deßhalb zu einer großen Ungerechtigkeit, weil der Richter, welcher von dem Provocanten diese Nachweisung des Besitzes nicht fordert, sondern nur dem Provocaten nachlassen will, excipiendo seinen Besitz zu beweisen, hierdurch dem Provocaten einen ihm nach allgemeinen Rechtssätzen nicht obliegenden Beweis aufbürdet. Grade hiedurch wird ein großer Mißbrauch der Provocationen erst möglich gemacht, indem dem Provocanten verstattet wird, dem wirklichen Besitzer der Sache die Vortheile seines Besitzes widerrechtlich zu entziehen. Denn gegen diesen Besitzer der Sache müßte im ordentlichen Rechtsgang der Provocant als Kläger mit der Vindication auftreten, oder wenn der Provocant behaupten sollte, Besitzer zu seyn, so müßte er das Uti possidetis erheben, und hierbei den behaupteten Besitz beweisen. Diesen ihm nach allen Rechtssätzen obliegenden Beweis würde aber die gegentheilige Ansicht dem Besitzer selbst ohne allen Grund aufbürden. Denn dieses geschieht jedesmal, wenn man diese Provocation zuläßt, ohne vom Provocanten die Nachweisung, daß er Besitzer sey, zu verlangen, und nur dem Provocaten nachläßt, seinen Besitz seiner Seits auszuführen.

Eine solche Provocation aber, in welcher der Besitz der Sache vom Provocanten nicht behauptet wird, erscheint als gänzlich unschlüssig. Denn der Begriff der Diffamation ist nur vorhanden, wenn sich der Provocat eines Anspruchs gegen den Provocanten, einer ihm gegen diesen zustehenden Klage berühmt hat. Dieses ist aber keines-

wegs geschehen, wenn er nur gesagt hat, er sey Eigenthümer einer bestimmten Sache; sondern nur dann, wenn der Provocant diese Sache besitzt, hat der Provocat sich eines Anspruchs gegen den Provocanten berühmt. Es kann ja, wenn A öffentlich erklärt hat, er sey Eigenthümer eines Ackers, nicht Jedermann auftreten, und von ihm belangt zu werden verlangen, sondern dazu ist vor Allen nur der Besitzer jener Sache berechtigt, weil nur gegen ihn sich A eines Klagrechts berühmt hat. Und dadurch, daß er sich als Besitzer der Sache ausweiset, legitimirt er sich erst als zur Provocation berechtigt. Ohne dieses aber ist seine Provocationsklage durchaus unschlüssig, weil daraus nicht folgt, daß der Provocat sich eines Klagrechts gegen ihn, den Provocanten, berühmt hat.

Vielleicht erscheint der nachstehende Rechtsfall der Mittheilung nicht unwerth, indem er zeigt, zu welchen Uebelständen die entgegengesetzte Ansicht hinzuführen vermag. Zwischen zwei Gutsbesitzern, die wir mit A und B bezeichnen wollen, war das Eigenthum eines Holzgrundstücks streitig geworden; schon waren gerichtliche Verhandlungen zum Versuch der Güte gepflogen, aber noch war keine förmliche Klage erhoben. Es hatte aber im Termin vom 30. September 1831 jeder das Eigenthum des Grundstücks für sich in Anspruch genommen. Hierauf gestützt provocirt am 3. October A den B zur Erhebung der Eigenthumsklage. Dasselbe thut B am 4. October, indem er seiner Seits den A zur Anstellung der rei vindicatio provocirt. Ein Jeder bescheinigte die Diffamation des Andern durch das Terminsprotocoll vom 30. September; keiner aber behauptete in seiner Provocation den Besitz des streitigen Grundstücks. Beide suchten vielmehr augenscheinlich die Rolle des Beklagten für den Vindicationsproceß sich hierdurch auf die bequemste Weise zu verschaffen. Zu diesen Provocationsklagen kam außerdem noch ein Spolienproceß hinzu, indem sich später A durch einen Holzschlag in den Besitz des Grundstücks zu setzen suchte,

weßhalb er von B mit einer Spolienklage belangt wurde. Es waren also, bevor über das Eigenthum selbst verhandelt wurde, über dasselbe Grundstück unter denselben Partheien drei verschiedene gleich weitläufig verhandelte Processe anhängig. Die Spruchbehörde, zu welcher sämmtliche Acten zur ersten Entscheidung wanderten, ging nicht von der Ansicht aus, daß zur Begründung dieser Provocation der Besitz der Sache nothwendig sey. Also mußte dieselbe beide Provocationen für gleichmäßig begründet halten. Sie suchte aber, da es doch unmöglich war, beiden Theilen aufzugeben, sich gegenseitig mit der Vindication zu belangen, dadurch zu helfen, daß sie die Prävention entscheiden ließ, weßhalb sie die zuletzt angebrachte Provocation des B zurückwies, ohne freilich den Umstand zu berücksichtigen, daß auf diese Provocation früher als auf die des A ein richterliches Decret ergangen und insinuirt worden war.

Von einer Prävention kann aber nur da die Rede seyn, wo zwei gleichberechtigte Personen vorhanden sind. Es müßte also das erkennende Collegium nothwendig annehmen, daß beide Theile gleichmäßig zur Erhebung der Provocation berechtigt seyen. Aber wie ist dieses denkbar? Kann man sagen, daß wenn zwei Personen um das Eigenthum einer Sache streiten, jeder beliebig als Kläger und Beklagter auftreten könne? — Nur der Besitzer kann belangt werden vom Nichtbesitzer, und diese Qualitäten können doch nicht in jeder Parthei gleichmäßig vorhanden seyn. Nur Einer, nämlich der Besitzer, konnte als der künftige rechte Beklagte zur Provocation berechtigt seyn. Deßhalb aber konnte von einer Prävention hier gar nicht die Rede seyn, denn diese entscheidet nur unter gleichmäßig Berechtigten. Sie konnte aber hier, wo nur Einer zur Provocation berechtigt seyn konnte, weder den Nichtberechtigten dieses Klagrecht geben, noch es dem Berechtigten entziehen. Es waren vielmehr, da in keiner der Provocationsklagen so viel angeführt war, daß daraus der Richter ersehen konnte, daß der Provocant der richtige

Beklagte im Vindicationsproceß seyn werde, beide Provocationen in angebrachter Maaße zurückzuweisen. Dieses geschah denn auch durch die in der Läuterungsinstanz von der Juristenfacultät zu Jena gesprochenen Erkenntnisse. —

Wenn es aber feststehet, der Provocant muß Besitzer der Sache seyn, und diesen Umstand in der Provocationsklage angeben, so fragt sich weiter, ob er auch den Besitz sofort bei Erhebung der Provocation bescheinigen muß? Ich bin der Meinung, daß er diese Bescheinigung sofort beizubringen hat. Denn die Reichsgesetze verordnen, die Diffamation soll sofort bescheinigt seyn, damit der Richter deren Zulässigkeit gleich Anfangs zu beurtheilen vermag, und damit jeder Mißbrauch durch Erhebung unbegründeter Provocationen vermieden werde [4]). Dieser Zweck läßt sich auf keine andere Weise erreichen, als durch diese Vorschrift, wonach das Fundament der Provocationsklage sofort bescheinigt seyn muß. Und zum Klagfundament gehört bei einer Provocation zur Erhebung der Eigenthumsklage dieser Besitz des Provocanten auch mit. Allerdings sprechen die Reichsgesetze nicht ausdrücklich von einer Bescheinigung dieses Besitzstandes. Dieses hat aber seinen natürlichen Grund darin, daß sie überhaupt nur von Provocationen zur Erhebung einer Delictsklage sprechen, wie früher gezeigt wurde. Und der Sinn ihrer Vorschrift ist nur dieser, es soll das Klagfundament sofort bescheinigt seyn. — Es folgt dieses ferner auch aus dem Begriffe der Diffamation, deren Bescheinigung vorgeschrieben ist. Denn diese Diffamation bestehet darin, daß der Provocat sich eines Klagrechts gegen den Provocanten berühmt hat. Dieses ist aber dadurch allein nicht bescheinigt, wenn blos gezeigt wird, daß der Provocat sich das Eigenthum einer Sache angemaßt habe; sondern erst dann hat er eines Klagrechts gegen den Provocanten sich berühmt, wenn dieser wirklich Besitzer der Sache ist. Es ist

4) J. R. Absch. §. 83.

alſo dieſe Beſcheinigung des Beſitzes nothwendig zur Beſcheinigung der behaupteten Diffamation. Es wird jedoch nicht immer eine beſondere Beſcheinigung des Beſitzes nöthig ſeyn: denn es iſt ja möglich, daß der Provocat in ſeiner Berühmung den Beſitz des Provocanten anerkannt hat.

Hiedurch aber iſt jeder Mißbrauch der Provocationen ausgeſchloſſen. Niemand kann hiernach den Verſuch wagen, durch eine unbegründete Provocation dem Gegner die Rechte des Beſitzes zu entziehen. Es bleibt aber die Provocation in ihrem rechtlich erlaubten Umfang ungeſchmälert beſtehen. Wer entweder ſich anerkannt im Beſitze befindet, oder vielleicht ſchon im Poſſeſſorio geſiegt hat, oder doch ſeinen Beſitz ſofort zu beſcheinigen vermag, der kann immer noch ſeinen Gegner zur Erhebung der Vindication provociren. Er wird freilich, ſo lange der Beſitz wirklich zweifelhaft vorliegt, gezwungen ſeyn, das Uti possidetis zu erheben, und hierin ſeinen Beſitz nachzuweiſen. Allein darin liegt durchaus keine Schmälerung wirklicher Rechte, ſondern hierdurch wird gerade jeder Mißbrauch vermieden, indem nur bewirkt wird, daß der ordentliche Rechtsweg nicht durch die Zulaſſung eines unbegründeten außerordentlichen Rechtsmittels widerrechtlich verändert wird.

Die Anwendung dieſes Princips auf andere Vindicationen körperlicher Sachen bedarf keiner weiteren Ausführung. Nur bei den Servitutenklagen und der Vindication ähnlicher Gerechtigkeiten, und der ihnen entgegenſtehenden Negotorienklage treten beſondere Rückſichten ein, indem es theils auf den Beſitz der Gerechtigkeit hierbei nicht ankommt, theils aber der Zuläſſigkeit der Provocationen hier beſondere Zweifel entgegenſtehen. Insbeſondere iſt nicht ſelten angenommen worden, daß die Provocationen ſubſidiariſche Rechtsmittel ſeyen [5]).

5) Berger Oecon. jur. lib. IV. tit. 32. nota 1). Danz Summar. Proc. §. 19. Klaproth Summar. Proc. §. 270. 274. Bülow und Hagemann Pract. Erört. Bd. IV. S. 37. Gönner Handbuch des Proceſſes Bd. IV. Nro. 83.

Daraus würde namentlich auch folgen, daß der Eigenthümer, welcher seiner Seits die Negatorienklage gegen angemaßte Gerechtigkeiten hat, den Gegner nicht zur Erhebung einer confessorischen Klage provociren dürfe. Und zu läugnen ist nicht, daß hier die Provocationen oft durchaus entbehrlich sind. Allein schwerlich gibt es einen zureichenden Grund, weßhalb wir sie für subsidiarisch halten könnten [6]). Denn daraus, daß sie hier entbehrlich sind, folgt keineswegs, wie Gönner glaubte, deren Unzulässigkeit. Meistens sagt man, sie seyen außerordentliche Rechtsmittel, und deßhalb subsidiarisch. Jedoch was sagt bei diesen Rechtsmitteln, die, wo sie auch nicht in die Landesgesetze übergegangen sind, auf den Reichsgesetzen und der diesen durch die Praxis gegebenen Ausdehnung beruhen, der Ausdruck „außerordentlich“? Darin liegt nur so viel, daß sie ihrer Natur und ihrem Zweck nach von gewöhnlichen Schuldklagen und Vindicationen verschieden sind, und ihr besonderes processualisches Verfahren haben. Hieraus ist aber eine Subsidiarität derselben schwerlich abzuleiten. Man kann auch immerhin zugeben, daß der Grund der Einführung der Provocationen darin zu sehen sey, daß ein Diffamat sich in der Regel ohne dieses Provocationsrecht gegen angemaßte Ansprüche nicht vertheidigen kann; auch daraus folgt noch nichts für die Subsidiarität der Provocationen. Denn wenn ein neues Rechtsmittel eingeführt wird, so geschieht dieses regelmäßig deßhalb, weil dasselbe für bestimmte Fälle unentbehrlich ist. Dennoch aber ist es Regel, wenn dieses neue Rechtsmittel irgendwo mit älteren Rechtsmitteln zusammentrifft, die in einem bestimmten Fall ebenfalls begründet sind, so hat der Berechtigte die Wahl unter diesen gleichmäßig begründeten Rechtsmitteln. Und schwerlich ist darin ein Mißbrauch des Provocationsrechtes zu sehen, wenn derjenige, welcher sich vielleicht öffent-

6) Schweitzer über den Provocationsproceß §. 9. S. 59—62. Martin Lehrbuch des Processes §. 255. Note 1.

lich eines Nießbrauchs oder ähnlichen Realrechts gegen eine Sache berühmt hat, vom Eigenthümer der Sache zur Klagerhebung aufgefordert wird. Dieſes muß er vielmehr als eine rechtliche Folge ſeiner Berühmung ſich gefallen laſſen. Es wird aber auch dadurch ſeine Lage rechtlich in keiner Weiſe verſchlimmert: er muß in jedem Falle die Exiſtenz ſeiner Servitut beweiſen, gleichwie er dieſes muß, wenn er mit der Negatorienklage belangt wird. — Ich glaube ſelbſt, daß kein Grund vorhanden iſt, dieſe Provocation dann für unzuläſſig zu erklären, wenn derjenige, welcher ſich der Servitut berühmte, im Beſitz derſelben ſich befinden ſollte. Hier ſtehet nämlich die Sache rechtlich ganz anders, wie bei der rei vindicatio. Denn nur bei der rei vindicatio klagt der Nichtbeſitzer gegen den Beſitzer, nur hier entſcheidet der Beſitz über die Vertheilung der Partheienrolle. Dagegen mit der confessoria actio kann auch der Beſitzer klagend auftreten, er muß, auch wenn er im Beſitz iſt, in jedem Falle ſeine Servitut beweiſen, gleichwie er dieſes muß, wenn er mit der Negatorienklage belangt wird, und gleichwie er, ſelbſt wenn er poſſeſſoriſch vom Eigenthümer des Grundſtücks belangt wird, gegen dieſen den Beſitz der Gerechtigkeit beweiſen muß. Es wird daher, auch wenn der Diffamant im Beſitze der Servitut iſt, durch eine Provocation zur Erhebung der confessoria actio die Beweislaſt auf keine Weiſe verändert, noch wird dem Provocaten von ſeinen Beſitzesrechten etwas entzogen, wenn er gleich in Folge ſeiner Berühmung gezwungen wird, als Kläger aufzutreten. Da alſo der Beſitz hier ohne Einfluß auf den Streit über das dingliche Recht iſt, ſo müſſen auch beide Fälle, der Provocat mag im Beſitz der Gerechtigkeit ſeyn oder nicht, rechtlich gleich behandelt werden: man muß in beiden entweder die Provocation zulaſſen, oder ſie in beiden ausſchließen [7]).

7) Es ſcheinen jedoch nach Leyser Spec. 81. med. 7. ſowohl Kind Quaest. for. T. 3. cap. 19. (edit. 2.) wie Bayer Theorie der ſummar. Proc. §. 53. den gedachten Unterſchied anzuerkennen

Aber auch bei dieſer Provocation folgt aus den früher entwickelten Grundſätzen, daß der Provocant bei Erhebung ſeiner Provocation nicht blos beſcheinigen muß, daß der Provocat ſich einer Gerechtigkeit an einem Grundſtück berühmt habe, ſondern er muß ſofort auch ſein Eigenthum an dieſem Grundſtück ſelbſt beſcheinigen, wenn dieſes nicht in der Diffamation anerkannt iſt. Denn nur dadurch legitimirt er ſich als zur Provocation berechtigt, und zeigt, daß er zum Widerſpruch gegen die Servitut befugt und der künftige rechte Beklagte iſt.

Iſt aber auch eine Provocation gegen den Eigenthümer, damit er die Negatorienklage erhebe, für zuläſſig zu halten? Mit Recht iſt dieſe Frage verneint worden [8]). Nur kann ich den dafür angeführten Grund, daß nämlich der Beſitzer nicht provocirt werden könne, für beweiſend nicht halten. Denn theils iſt es ja ſehr möglich, daß der Provocant im Beſitz der Gerechtigkeit ſich wirklich befindet. Ferner aber iſt der Beſitz auf die Erhebung der Negatorienklage, auf die Partheienrolle und die Beweislaſt ohne allen Einfluß. Man könnte aus dieſem Grunde die Provocation immerhin zulaſſen; der Eigenthümer brauchte, wenn er in Folge der Provocation die Negatorienklage anſtellte, nicht mehr und nicht weniger zu beweiſen, als wenn der Provocant ſeiner Seits ihn mit der confessoria actio belangte. Für unzuläſſig iſt aber ſolche Provocation deßhalb zu halten, weil auf den Eigenthümer eines Grundſtücks, welcher die von einem Andern behauptete Servitut nur widerſpricht, der Begriff der Diffamation gar nicht paßt. Nicht er, der nur das von dem Andern behauptete Recht läugnet, iſt Diffamant, ſondern Diffamant iſt der Andere ſelbſt, welcher ſich die Gerechtigkeit anmaßt. Und deßhalb kann nur dieſer Letztere zur Erhebung ſeiner confeſſoriſchen Klage provocirt werden. Man müßte ſonſt annehmen, daß hier beide Theile gleichmäßig berechtigt ſeyen, ſich gegenſeitig zur Klagerhebung zu provociren.

8) Berger Electa process. provocat. §. 15. Kind Quaest. for. l. cit.